This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 213 450

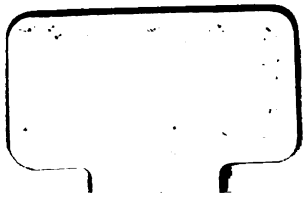
KIPP

Wer kann nach deutschem burgerlichen recht mit vermachtnissen belastet werden?

1901

GER
973.4
KIP

HARVARD
LAW



Germany
407

Wer kann

nach

deutschem bürgerlichen Recht

mit

Vermächtnissen belastet werden?

Von

Dr. Theodor Kipp,
Professor der Rechte.

Sonderabdruck
aus der
Festschrift der Universität Erlangen zur Feier des achtzigsten Geburtstages
Sr. königlichen Hoheit des Prinzregenten Luitpold von Bayern.

Erlangen und Leipzig.
A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf.
(Georg Böhme).
1901.

MAY 19 1991

Wer kann nach deutschem bürgerlichen Recht mit Vermächtnissen belastet werden?

Von

Theodor Kipp.

Eine der Grundfragen des Vermächtnisrechts ist die, wem ein Vermächtnis auferlegt werden kann. Hierüber bestimmt das BGB. im § 2147 S. 1:

> „Mit einem Vermächtnisse kann der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer beschwert werden."

Zweifellos ist dies in ausschliessendem Sinne zu verstehen. Wer nicht kraft der richtig verstandenen Vorschrift des § 2147 S. 1 mit Vermächtnissen beschwert werden kann, kann überhaupt nicht damit belastet werden. Ist also der angeführte Satz seinem Wortsinn gemäss auszulegen, so ist der Erblasser in der Wahl des Vermächtnisträgers beschränkter als im bisherigen Recht. Nach gemeinem Recht kann ein Vermächtnis jedem auferlegt werden, der infolge des Todes des Erblassers etwas erhält, was der Erblasser ihm unmittelbar oder mittelbar zugewandt, oder nicht entzogen hat, während er es hätte entziehen können. Dahin gehören ausser dem Erben[1]) und dem Vermächtnisnehmer insbesondere der von Todes wegen Beschenkte, dem auch nach

1) Die besondere Bestimmung, dass der Fiskus beschwert werden kann für den Fall, dass er heredis loco eintritt (D. XXX, 114 § 2), kann ausser Betracht bleiben, weil nach BGB. der Fiskus in Ermangelung anderer Erben nicht bloss an Erbes Statt, sondern wirklich gesetzlicher Erbe ist (BGB. 1936), also nach dem unmittelbaren Inhalt des § 2147 belastet werden kann.

FR. 1734 KIP

per Schenkung ein Vermächtnis auferlegt werden kann, wenn die Schenkung widerruflich ist, ferner derjenige, der condicionis implendae causa von einem anderen Bedachten etwas erhält, der Inhaber der väterlichen Gewalt, dem der Erwerb des irgendwie bedachten oder nicht ausgeschlossenen Hauskindes zu statten kommt, der Erbe eines irgendwie Bedachten oder nicht Ausgeschlossenen.[2]) Nach dem bayrischen Landrecht können nicht nur Erben, sondern auch Legatare, Fideikommissare und alle anderen, welche von der Disposition Vorteil haben, mit Legaten beschwert werden (III, 6, 6); in modernem Gewande wiederholt auch das sächsische BGB. (2388) die gemeinrechtlichen Grundsätze. Es kann jeder beschwert werden, welcher mittelbar oder unmittelbar von dem Erblasser etwas auf den Todesfall erhält nnd zwar gleichviel, ob er einen Vorteil dadurch bekommt, dass der Erblasser zu seinen gunsten letztwillig verfügt, oder dadurch behält, dass der Erblasser von seinem Rechte, etwas anderes letztwillig anzuordnen, keinen Gebrauch macht. Aus dem preussischen ALR. (I, 12, 61. 293. 357. 544)[3]) und dem österreichischen allgemeinen BGB. (649. 650) dagegen lässt sich den Worten nach nur entnehmen, dass der Erbe und der Vermächtnisnehmer mit Vermächtnissen beschwert werden können. Die Schriftsteller beider Rechtsgebiete aber legen jene Bestimmungen ausdehnend im Sinne des gemeinrechtlichen Grundsatzes aus.[4])

In der Litteratur des neuen bürgerlichen Rechts wird von manchen Seiten der § 2147 BGB., so wie er lautet, als massgebend anerkannt, so von Cosack,[5]) Frommhold,[6]) Strohal,[7]) Böhm.[8]) Wenn dabei bemerkt wird, dass auch der von Todes wegen Beschenkte mit einem Vermächtnis belastet werden kann (Frommhold, Strohal, Böhm), so bedeutet das keinen Vorwurf gegen die Fassung des § 2147, weil der von Todes wegen Beschenkte ein Vermächtnisnehmer sein kann (2301),

2) Cf. Windscheid, III § 626 Ziff. 1. Dernburg, III § 103 Ziff. 3 litt. a. Arndts, Vermächtnisse (Fortsetzung von Glück) II, 1 S. 180 ff. Dort auch die Quellen, deren Anführung hier zu wiederholen nicht nötig sein wird.

3) § 335 ergibt nicht, dass der von Todes wegen Beschenkte mit Vermächtnissen belastet werden kann.

4) Unger, österreich. Privatrecht VI § 55[2]; Dernburg, preuss. Privatrecht III § 136; Förster-Eccius, preuss. Privatrecht IV § 252, II.

5) Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts II § 402, IV, 2, a.

6) Erbrecht (Kommentar) zu § 2147 unter 2.

7) Erbrecht (2. Aufl.) § 29, II.

8) Erbrecht (2. Aufl.) § 37, I.

und die genannten Schriftsteller nicht behaupten, dass er mit Vermächtnissen auch dann belastet werden könne, wenn er nicht Vermächtnisnehmer ist. Auch Endemann,[9]) der die Fassung des § 2147 für zu eng erklärt, verlangt doch unter dem Titel ihrer notwendigen Ausdehnung nichts weiter, als die Möglichkeit der Belastung des von Todes wegen Beschenkten. Dagegen wird eine weiter ausdehnende Interpretation des § 2147 im Sinne der bisherigen Anschauungen befürwortet von Hellwig[10]) und von Meischeider.[11])

Die Lage der Materialien des Gesetzes ist folgende: Der Erbrechtsentwurf des Redaktors Dr. von Schmitt enthielt in § 5 die Bestimmung:

„Mit Vermächtnissen und anderen Auflagen kann von dem Erblasser, so weit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, ein jeder beschwert werden, welcher auf grund einer Verfügung von Todes wegen oder infolge der Nichterrichtung einer solchen oder der Unwirksamkeit der errichteten unmittelbar oder mittelbar einen Vorteil aus der Erbschaft erlangt.

Von der Erfüllung der Auflage ist weder der Anfall noch der Erwerb der beschwerten Zuwendung abhängig, es erhelle denn ein anderer Wille des Erblassers."

Hierzu ergeben die Protokolle der ersten Kommission (S. 8898 f.):

„Auf den im Laufe der Beratung gestellten Antrag wurde beschlossen, die Vorschrift durch die Bestimmung, Redaktion vorbehältlich, zu ersetzen:

„Mit einem Vermächtnisse oder einer anderen Auflage kann ein Erbe oder ein Vermächtnisnehmer beschwert werden."

unbeschadet der späteren Beschlussfassung darüber, ob die Bestimmung in den Titel über die Vermächtnisse zu versetzen sei. Ein vorliegender Streichungsantrag sowie der Absatz 2 des Entwurfs waren damit abgelehnt. Ausgeführt war: es sei angemessen hervorzuheben, wer von dem Erblasser beschwert werden könne. Die späteren Vorschriften des Entwurfs setzten eine solche Bestimmung voraus. Gewöhnlich sage man, dass derjenige oneriert werden könne, welcher honoriert sei und der Abs. 1 des Entwurfs suche die Fälle näher zu spezialisieren.

9) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III, § 68 zu ³. ⁴.

10) Die Verträge auf Leistung an Dritte, (Leipzig 1899) S. 364 ff.

11) Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB. f. d. D. R. (Leipzig 1900) S. 327 f.

Immer aber handle es sich um einen Erben oder einen Vermächtnisnehmer, dem unmittelbar oder auf einem Umwege etwas zugewandt werde."

Die Motive zum I. Entwurf des BGB. (§ 1756 Abs. 2) gaben dieser Auslassung die veränderte Fassung:

„In Frage steht der Satz der Doctrin, dass derjenige oneriert werden kann, welcher honoriert ist. Diesen Satz (cf. l. 1 § 6 D. de legat. III) näher zu spezialisieren, ist nicht erforderlich. Denn es handelt sich immer um einen Erben oder einen Vermächtnisnehmer, welchem unmittelbar oder auf einem Umwege etwas zugewendet wird."

Die Protokolle der II. Kommission (S. 6579 ff. [Achilles, Gebhard u. Spahn V S. 6]) liefern keinen weiteren Aufschluss. Die Kommission nahm die Vorschrift des Entwurfes an, obwohl von einer Seite geltend gemacht wurde, die Fassung: „Mit einem Vermächtnisse kann auch ein Vermächtnisnehmer beschwert werden" würde ausreichend und richtiger sein.

Diejenigen, welche sich für ausdehnende Interpretation des § 2147 S. 1 erklären, nehmen die Äusserung der Motive als ihrer Meinung günstig in Anspruch. Insbesondere ist Meischeider der Ansicht, der Verfasser der Motive habe offenbar angenommen, dass jeder, der infolge des Todes des Erblassers mit dem Willen des Erblassers eine Bereicherung erhält, entweder Erbe oder Vermächtnisnehmer sei.

Das Unglück ist nun aber, dass es schlechterdings nicht möglich ist, diese den Motiven unterstellte Ansicht in dem Gesetzbuch selbst oder auch nur in dem ersten Entwurf desselben oder in allgemeinen juristischen Anschauungen bestätigt zu finden. Es ist unmöglich, jeden im Sinne des BGB. oder seines ersten Entwurfs oder allgemeiner Anschauungen einen Vermächtnisnehmer zu nennen, der — ohne Erbe zu werden — mit dem Willen oder in Ermangelung eines entgegenstehenden Willens des Erblassers eine Bereicherung aus dem Nachlass erhält. Zweifellos ist z. B. der Inhaber der elterlichen Gewalt nicht Vermächtnisnehmer, wenn seinem Kinde etwas zugewandt wird, trotzdem gesetzlich ihm das elterliche Nutzniessungsrecht zufällt. Zweifellos ist derjenige nicht Vermächtnisnehmer, der etwas erhält ausschliesslich infolge der Erfüllung der Bedingung, unter welche die einem anderen gemachte Zuwendung gestellt ist. Man versuche nur, die Rechtssätze über das Vermächtnis

auf eine dieser Personen anzuwenden, und man wird ohne Schwierigkeiten finden, dass dies nicht angeht. Insbesondere sieht man doch sofort, dass jenen Personen keine Vermächtnisforderung zusteht, das wesentlichste Kennzeichen des Vermächtnisnehmers also ihnen fehlt. Nun bedeutet es aber gegen die Verfasser der Motive und zugleich gegen die erste Kommission einen sehr schweren Vorwurf, wenn man annimmt, dass sie mit einem offensichtlich unrichtigen Begriffe des Vermächtnisnehmers operiert haben sollten, und man muss daher fragen, ob nicht eine andere Auffassung ihrer Äusserung möglich ist. Das ist der Fall. Es kann die Meinung sehr wohl gewesen sein, der vage Satz, dass derjenige oneriert werden kann, welcher honoriert ist, finde bei der Gestalt des Erbrechts im BGB. weiter keine Anwendungen als auf solche Fälle, in denen der Belastete Erbe oder wirklicher Vermächtnisnehmer ist, und es sei daher besser, jenem Satz die entsprechende konkretere Gestalt zu geben. Mindestens aber wird man zugeben müssen, dass, nachdem nun einmal die Vorschrift diese engere Fassung im Gesetz erhalten hat, jene Äusserungen der ersten Kommission und der Motive nicht mehr beweisen, als dass man vor einer ausdehnenden Auslegung der Bestimmung nicht zurückzuschrecken braucht, wofern sie sich als notwendig erweist. Ob und in wie weit aber dieses der Fall ist, kann nur einer Untersuchung der einzelnen in Frage kommenden Fälle im vollen Zusammenhange des Erbrechts des BGB. und der sonst eingreifenden Materien des Gesetzes entnommen werden. Hiervon ist die folgende Erörterung ausgegangen. Zuvor noch einige Worte über die Belastung des Erben und des Vermächtnisnehmers selbst.

I. Der Erbe.

Als Erbe kann belastet werden der gesetzliche Erbe nicht minder wie derjenige, der es kraft Willens des Erblassers ist. In letzterer Hinsicht ist von dem testamentarischen Erben nichts weiter zu bemerken. Der Vertragserbe kann zunächst beschwert werden in dem Erbvertrage, durch welchen er eingesetzt wird und zwar sowohl in Gestalt eines vertragsmässigen Vermächtnisses (BGB. 2278), wie in Gestalt einer mit dem Erbvertrage verbundenen letztwilligen Verfügung (BGB. 2299). Ist jemand als gesetzlicher Erbe oder als der in einem Testament eingesetzte Erbe durch letztwillige Verfügung mit einem Vermächtnis belastet,

und wird er nun in einem Erbvertrage (wiederholt) zum Erben eingesetzt, so fällt, wenn nichts Weiteres vorliegt, das früher ihm auferlegte Vermächtnis fort, da durch den Erbvertrag jede frühere letztwillige Verfügung des Erblassers aufgehoben wird, soweit sie das Recht des vertragsmässig Bedachten beeinträchtigen würde (BGB. 2289 Abs. 1 S. 1). Es kann aber in dem Erbvertrage die Vermächtnisverfügung als vertragsmässige oder auch als einseitige, letztwillige, Verfügung wiederholt werden.

Nach Errichtung des Erbvertrages kann im allgemeinen dem Vertragserben ein Vermächtnis weder durch letztwillige Verfügung noch durch Erbvertrag auferlegt werden (BGB. 2289 Abs. 1 S. 2).

Da jedoch der Erbvertrag durch Vertrag von den Personen aufgehoben werden kann, welche ihn geschlossen haben (BGB. 2290), so kann der Erblasser durch Vertrag mit seinem Mitkontrahenten — der keineswegs der Vertragserbe selbst sein muss (BGB. 1941 Abs. 2) — dem Vertragserben auch ein Vermächtnis auferlegen. Denn die Kontrahenten können unter Aufhebung des alten einen neuen Erbvertrag schliessen, in welchem dieselbe Person, nunmehr belastet mit Vermächtnissen, eingesetzt wird, und es wird keinem Bedenken unterliegen können, dass, auch wenn sie sich auf die Anordnung des Vermächtnisses beschränken, ihr Vertrag zum Zwecke seiner Aufrechterhaltung in diesem Sinne ausgelegt werden darf (BGB. 2084. 2279 Abs. 1). Dabei ergibt sich aber, dass der Vertrag, auch wenn er sich den Worten nach auf die Vermächtnisanordnung beschränkt, immer doch das Element der Aufhebung des alten Vertrages in sich schliesst und deshalb zugleich den Anforderungen an einen Aufhebungsvertrag (BGB. 2290) und einen positiven Erbvertrag genügen muss. Man kann auch einen anderen Weg der Argumentation wählen, indem man nicht von der Interpretation des Vertrages, sondern von der des Gesetzes ausgeht und sagt: was von der Aufhebung des Erbvertrages gilt, muss auch von der Beeinträchtigung des Rechtes des vertragsmässig Bedachten durch Belastungen gelten. Dann erspart man die Notwendigkeit, die Belastung als Aufhebung der alten Einsetzung und belastete Neueinsetzung zu interpretieren, und das ist eine erwünschte Vereinfachung, der Bedenken nicht entgegenstehen. An dem praktischen Resultate aber wird nichts geändert. Denn auch von diesem zweiten Standpunkte ergibt sich, dass ein Vertrag, der das Recht eines vertragsmässig Bedachten beeinträchtigt, nicht geringeren Anforderungen unterliegt, als ein Vertrag, der dasselbe aufhebt. Das Gesagte ergibt zugleich, dass dem Vertrags-

erben ein Vermächtnis nicht nachträglich durch Testament des Erblassers mit Zustimmung des anderen Vertragschliessenden auferlegt werden kann (BGB. 2291). Denn auf dem Wege dieses Paragraphen können zwar vertragsmässige Vermächtnisse und Auflagen, nicht aber vertragsmässige Erbeseinsetzungen aufgehoben werden; dasselbe muss auch von Belastungen gelten. Dagegen kann die Auferlegung des Vermächtnisses auch erfolgen durch gemeinschaftliches Testament der Ehegatten, die den Erbvertrag geschlossen haben (BGB. 2292).

Steht dem Erblasser das Recht des Rücktritts vom Erbvertrage zu, so muss er den Rücktritt durch gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung an den anderen Vertragschliessenden vollziehen (BGB. 2296), und kann dann selbstverständlich den ehemaligen Vertragserben aufs neue unter Belastung mit Vermächtnissen einsetzen. Eine Abkürzung dieses Weges scheint mir nicht möglich. Die gerichtliche oder notariell beurkundete Erklärung an den Mitkontrahenten ist nicht fähig, das Vermächtnis in sich aufzunehmen, die Vermächtnisverfügung ihrerseits kann jene Erklärung nicht ersetzen. Ist dagegen der Mitkontrahent gestorben, so kann der rücktrittsberechtigte Erblasser die vertragsmässige Verfügung durch Testament aufheben und daher — a majori ad minus — auch durch Testament den Vertragserben mit einem Vermächtnis belasten (BGB. 2297).

Endlich aber ist zu bemerken: Wenn es möglich ist, sich im Erbvertrage den Rücktritt von demselben vorzubehalten, so muss es auch möglich sein, denselben unter Vorbehalt der Errichtung von letztwilligen Verfügungen, insbesondere, was hier interessiert, unter Vorbehalt der Belastung des Vertragserben mit künftigen Vermächtnissen zu schliessen. Das Recht des vertragsmässig Bedachten wird im Sinne des § 2289 Abs. 1 nicht beeinträchtigt, wenn es durch einen entsprechenden Vorbehalt bei seiner Schöpfung beschränkt worden ist.

Alles, was vom Erben bemerkt wurde, gilt auch vom Nacherben; denn er ist Erbe (BGB. 2100).

II. Der Vermächtnisnehmer?

Dass der Vermächtnisnehmer mit einem Vermächtnis beschwert werden kann, sagt § 2147 BGB. ausdrücklich. Die Beschwerung kann den letztwilligen Vermächtnisnehmer immer treffen; in Ansehung des

vertragsmässigen gelten dieselben Sätze wie in Ansehung des Vertragserben, nur mit der Massgabe, dass die Beschwerung auch durch ein Testament erfolgen kann, welches die Zustimmung desjenigen findet, mit dem der Erblasser den Erbvertrag geschlossen hat (2291); denn auf diesem Wege kann das vertragsmässige Vermächtnis auch aufgehoben werden.

Das Gesetz kennt Fälle gesetzlicher Ansprüche gegen den Nachlass, welche nach den Vorschriften über Vermächtnisse behandelt werden sollen, und die man in Anlehnung an den bisherigen Sprachgebrauch gesetzliche Vermächtnisse nennen kann. Dahin gehört der Voraus der Ehegatten (BGB. 1932) und der sog. Dreissigste (BGB. 1969). In Ansehung beider ergibt schon der Wortlaut des Gesetzes, dass sie, eben weil die Vorschriften über Vermächtnisse entsprechend anwendbar sein sollen, auch mit Vermächtnissen belastet werden können, um so mehr, als der Voraus, wie der Dreissigste vom Erblasser ganz versagt werden können.

III. Der Erbe des Erben oder des Vermächtnisnehmers?

Ob der Erbe des Erben oder des Vermächtnisnehmers mit einem Vermächtnis belastet werden kann, hängt davon ab, was man unter einem solchen Vermächtnis versteht. Versteht man darunter ein Vermächtnis, welches dem Erben oder dem Vermächtnisnehmer auferlegt ist unter Befristung bis an seinen Tod, so ist dieses unbedenklich zulässig; meint man dagegen ein dem Erbeserben oder Erben des Vermächtnisnehmers selbständig auferlegtes Vermächtnis, so ist dessen Zulässigkeit zu verneinen.

Richtig ist, dass der Erbe des Erben möglicher-, nicht notwendigerweise [12]) in der Erbeserbschaft eine aus der ersten Erbschaft herrührende Bereicherung vorfindet, also möglicherweise von dem ersten Erblasser mittelbar etwas erhält. Soweit dies der Fall ist, erscheint es nicht unbegreiflich, wenn das Recht dem ersten Erblasser die Möglichkeit gewährt, den Erbeserben mit einem Vermächtnis zu belasten; aber eine praktische Notwendigkeit, das zuzulassen, ist damit noch keineswegs bewiesen.[13]) Wenn der Erblasser seinen Erben mit einem Vermächtnis

12) Wenn der Erbe die Erbschaft verschwendet oder verschenkt hat, so ist sein Erbe aus ihr nicht bereichert.

13) Welches die richtige Auffassung des dem Erbeserben auferlegten Vermächt-

beschwert, so geht die Vermächtnislast als ein Bestandteil der Nachlassverbindlichkeiten der ersten Erbschaft (BGB. 1967 Abs. 2) selbstverständlich auf den Erbeserben über. Es ist nun möglich, ein Vermächtnis betagt zu errichten, und so kann unzweifelhaft auch bestimmt werden, dass das Vermächtnis erst mit dem Tode des damit belasteten Erben fällig werden soll. Eine solche Bestimmung hat den guten Sinn, dass der Erbe bei Lebzeiten den Gegenstand des Vermächtnisses nicht soll zu entbehren haben. Das so hinterlassene Vermächtnis fällt mit dem Tode des Erben an (BGB. 2177), und kann im allgemeinen auch mehr als dreissig Jahre nach dem Tode des ersten Erblassers anfallen, weil es anfallen soll beim Eintritt eines Ereignisses in der Person des Beschwerten, der zur Zeit des Erbfalls lebt. Nur wenn der Belastete ein zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebender Nacherbe ist, kann das Vermächtnis nur binnen dreissig Jahren nach dem Tode des Erblassers anfallen; stirbt der Nacherbe später, so ist das Vermächtnis unwirksam (BGB. 2163 Abs. 1 Ziff. 1). Das bezeichnete Vermächtnis ist und bleibt aber ein Vermächtnis zu lasten des Erben und ist nicht ein solches zu lasten des Erbeserben. Der Unterschied zeigt sich in mehreren wichtigen Beziehungen.

Der Anfall eines dem Erbeserben selbständig auferlegten Vermächtnisses könnte immer nur binnen dreissig Jahren nach dem Tode des Erblassers erfolgen; denn von den Ausnahmefällen des § 2163 wäre hier keiner gegeben, da ja der Erbe nicht der Beschwerte sein soll. Wollte man sagen: es ist ein Ereignis in der Person des Erbeserben, dass er den Erben beerbt, und danach § 2163 Abs. 1 Ziff. 1 anwenden, so steht entgegen, dass der Erbeserbe, von dessen Person man vor dem Tode des Erben gar nichts weiss, nicht als eine zur Zeit des Todes des Erblassers lebende Person behandelt werden kann.

Ist dem Erben ein Vermächtnis auferlegt, betagt auf seinen eigenen Tod, so finden für seine Lebenszeit die Vorschriften Anwendung, die für den Fall gelten, dass eine Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung geschuldet wird (BGB. 2179). Es haftet danach der Erbe in Ansehung

---

nisses im römischen Recht ist, machen die Quellen (l. 5 § 1. l. 6 D. XXX, l. 15 D. 34, 3) nicht ersichtlich. Da sie aber die Zulässigkeit des Vermächtnisses nicht an die Bedingung knüpfen, dass der Erbeserbe aus der ersten Erbschaft in derjenigen des Erben noch etwas vorfindet, so muss man, wie mir scheint, zu der ersten der im Text bezeichneten Auffassungen kommen.

des Vermächtnisgegenstandes wegen jedes Verschuldens (BGB. 160), wenn auch diese seine Haftung erst gegen seinen Erben praktisch geltend gemacht werden kann. Ein Vermächtnis zu lasten des Erbeserben, das den Erben gar nicht berührt, könnte nur ein solches sein, in Ansehung dessen den Erben irgend eine Verbindlichkeit nicht trifft, dergestalt, dass der Vermächtnisnehmer keinerlei Ansprüche aus irgend einer, wenn auch vorsätzlichen Beschädigung, Zerstörung, Beiseiteschaffung des Vermächtnisgegenstandes durch den Erben ableiten könnte.

Ist das Vermächtnis dem Erben auferlegt mit Befristung bis an seinen Tod, so ist es bei der Regulierung des Nachlasses des ersten Erblassers als eine betagte Nachlassverbindlichkeit in Rücksicht zu ziehen. Die Separationswirkung der Nachlassverwaltung und des Nachlasskonkurses kommt dem Vermächtnisnehmer zu statten. Tritt der Erbeserbe ein, so ist prinzipiell völlig klar, inwieweit er haftet. Er haftet erstens nicht weiter als sein Erblasser für das Vermächtnis haftete; er trägt aber zweitens diese Schuld seines Erblassers in keinem weiteren Umfange als er die Schulden seines Erblassers überhaupt trägt. Wichtig ist danach, wie hoch die Erbschaft des ersten Erblassers sich beläuft und wie hoch diejenige des Erben, aber wieviel von jener der Erbe in dieser noch vorfindet, ist auf seine Haftung ohne Einfluss. Den persönlichen Gläubigern des Erbeserben steht der Vermächtnisnehmer mit den Vorzügen der Nachlassgläubiger in Ansehung der Erbeserbschaft gegenüber, aber auch im Kreise der Nachlassgläubiger der Erbeserbschaft geniesst er den Vorzug, Nachlassgläubiger mit Bezug auf die Erbschaft des ersten Erb lassers zu sein.

Wenn dagegen das Vermächtnis ein nur den Erbeserben treffendes ist, so kann es bei der Regulierung des Nachlasses des ersten Erblassers als eine den Erben treffende Nachlassverbindlichkeit überall nicht in Frage kommen, also im Falle der Unzulänglichkeit dieses Nachlasses zur Befriedigung aller Gläubiger kann für dasselbe auch unter keinen Umständen irgend etwas ausgeworfen oder zurückgehalten werden. Stirbt nun der Erbe und tritt der Erbeserbe ein, also derjenige, den das Vermächtnis allererst treffen soll, so zeigt sich, dass für dasselbe in der Nachlassregulierung des Erben ebenfalls kein Raum ist. Es ist für den Erbeserben keine von seinem Erblasser (dem Erben) herrührende Schuld; es ist aber noch weniger eine sonstige auf dem Nachlass des Erben ruhende Verbindlichkeit; denn im Sinne des § 1967 Abs. 2 sind natürlich

Nachlassverbindlichkeiten, die den Nachlass des Erben belasten, nur diejenigen Vermächtnisse, die er selbst als Erblasser errichtet hat.

Man würde also zu der Annahme gedrängt, dass das dem Erbeserben auferlegte Vermächtnis ihn als seine persönliche Schuld belastet, und fragt man nach den Grenzen, in denen dies möglich ist, so könnte man nur nach der Analogie der Haftung eines belasteten Vermächtnisnehmers im Anhalt an § 2187 BGB. verfahren und sagen: der mit einem Vermächtnis belastete Erbeserbe haftet für das Vermächtnis mit demjenigen, was er aus der ersten Erbschaft erhält. Denkbar wäre das ja, aber nur in folgender Weise. Nicht nur wären die auf dem ersten Nachlass ruhenden Verbindlichkeiten sämtlich vorweg zu rechnen — nur was dann übrig bleibt, ist der Reinbetrag des ersten Nachlasses — sondern es wären auch die auf der Erbeserbschaft lastenden Verpflichtungen vorabzuziehen — denn mehr, als was dann übrig bleibt, erhält der Erbeserbe nicht — endlich wäre zu berechnen, wieviel von dem, was der Erbeserbe danach erhält, als aus der ersten Erbschaft herrührend zu betrachten ist. Und die Anwendung dieser verwickelten und den Vermächtnisnehmer sehr schlecht stellenden Regulierungsweise könnte nur auf eine sehr kühne und seltsame Analogie gestützt werden, indem man den Erben des Erben wie einen Vermächtnisnehmer des ersten Erblassers behandelte. Dass diese Behandlung dem Willen des BGB. entspricht, glaube ich nun und nimmermehr, um so weniger als der Erbeserbe nicht im stande ist, die aus der ersten Erbschaft herrührende Bereicherung nach Art eines Vermächtnisnehmers auszuschlagen und so jener Haftung zu entgehen. Dass er die Erbschaft des Erben ausschlagen kann, und dass er, wenn der Erbe die erste Erbschaft noch nicht angenommen hatte, diese ausschlagen kann (BGB. 1952), ist nicht massgebend. Er müsste, um einem Vermächtnisnehmer gleichzustehen, auch wenn sein Erblasser (der Erbe) die Erbschaft des ersten Erblassers angenommen hat, die Erbeserbschaft unter Aussonderung dessen, was davon aus der ersten Erbschaft herrührt, annehmen und jenes ausschlagen können, wovon keine Rede sein kann.

Dem praktischen Bedürfnis genügt auch vollkommen das dem Erben auferlegte, bis an seinen Tod befristete Vermächtnis. Die dargelegten Wirkungen eines solchen werden dem Willen des Erblassers im Zweifel weit besser entsprechen als die Wirkungen eines dem Erbeserben selbständig auferlegten Vermächtnisses. Will aber der Erblasser die letzteren

Wirkungen herbeiführen, so kann er sie, mit einer einzigen Ausnahme, sämtlich anordnen. Mit Rücksicht auf die gesetzlichen Zeitschranken der Vermächtnisse steht, wie gezeigt, die Verwirklichung des Willens des Erblassers sicherer, wenn das Vermächtnis dem Erben auf den Fall seines Todes, als wenn es dem Erbeserben auferlegt ist. Will aber der Erblasser die Möglichkeit des Anfalls des Vermächtnisses auf eine bestimmte Reihe von Jahren einengen, so kann er das natürlich thun. Dass der Erbe bei seinen Lebzeiten den Vermächtnisgegenstand zwar nicht hergeben, aber doch im Sinne des § 160 BGB. für denselben verantwortlich sein soll, wird im Zweifel der Absicht des Erblassers vollkommen entsprechen. Will der Erblasser, dass der Erbe den Gegenstand für seine Zwecke soll angreifen dürfen ohne Ersatzverbindlichkeit, so kann er das unzweifelhaft bestimmen, wie er auch anordnen kann, dass der Betrag dessen, was der Erbe von der Erbschaft bei seinem Tode noch in Händen hat, das unüberschreitbare Mass für das Vermächtnis abgeben soll. Will er nicht, dass bei einem etwaigen Konkurse über seine Erbschaft das Vermächtnis berücksichtigt und demzufolge schon bei Lebzeiten des Erben als fällig behandelt wird (KO. 65), so kann er anordnen, dass es für den Fall der Unzulänglichkeit seines Nachlasses als nicht errichtet gelten soll (BGB. 2189). Nur eines kann der Erblasser, wenn das Vermächtnis dem Erben auferlegt und nur bis an dessen Tod befristet ist, nicht anordnen: er kann (arg. BGB. 276 Abs. 2. 2138 Abs. 2) nicht bestimmen, dass keine Haftung für solche Handlungen stattfinden soll, welche der Erbe lediglich in der Absicht vornimmt, den Vermächtnisnehmer zu schädigen. Derartiges festzusetzen, wird der Erblasser aber wohl auch niemals die Neigung haben, und jedenfalls besteht kein ausreichender Grund, lediglich um eine solche Festsetzung zu ermöglichen, das selbständige Vermächtnis zu lasten des Erbeserben anzuerkennen.

Wir kommen also zu dem Ergebnis: es gibt nach BGB. kein Vermächtnis zu lasten des Erbeserben, sondern nur ein dem Erben auferlegtes Vermächtnis mit Befristung bis an seinen Tod. Natürlich aber ist anzuerkennen, dass, wenn der Erblasser dem Erbeserben ein Vermächtnis auferlegt, dasselbe als ein dem Erben auf den Fall seines Todes auferlegtes Vermächtnis zu behandeln ist (BGB. 2084).

Aus ganz denselben Gründen aber, von denen im vorigen ausgegangen wurde, ist auch zu sagen, dass ein dem Erben des Vermächtnisnehmers auferlegtes Vermächtnis nur im Sinne eines dem Vermächt-

nisnehmer selbst auf den Fall seines Todes auferlegten Vermächtnisses anerkannt werden kann. Der Anfall eines solchen Vermächtnisses unterliegt nicht der dreissigjährigen Zeitschranke, wofern nur der beschwerte Vermächtnisnehmer beim Tode des Erblassers lebt (BGB. 2362 Abs. 1 Ziff. 1); die Belastung kann bis zur Höhe dessen gehen, was der belastete Vermächtnisnehmer seinerseits erhalten hat (BGB. 2187 Abs. 1). Beim Tode des letzteren zeigt sich die Vermächtnisschuld als eine von ihm herrührende auf seinem Nachlass ruhende Verbindlichkeit.[14]) Der Erbe des beschwerten Vermächtnisnehmers kann seine beschränkte Haftung für die Schulden seines Erblassers geltend machen, aber er kann keine Kürzung des Vermächtnisses unter dem Titel verlangen, dass das seinem Erblasser Zugewandte in dessen Nachlass nicht mehr vollständig vorhanden gewesen sei. Der Vermächtnisforderung kommt gegenüber den Schulden des Erben des Beschwerten die separatio bonorum in ihren verschiedenen Formen mit Bezug auf den Nachlass des Beschwerten zu statten; sie geht den Vermächtnissen, die etwa der Beschwerte selbst auf seinen Nachlass gelegt hat, vor. Der Erbe des Beschwerten hat für ein von dem Beschwerten in Ansehung des Vermächtnisgegenstandes begangenes Verschulden aufzukommen (BGB. 2179. 160). Dem Erblasser aber steht frei, den zweiten Vermächtnisnehmer — in ganz entsprechender Art, wie im Falle des Vermächtnisses zu lasten des Erben auf den Fall seines Todes — schlechter zu stellen, nur mit der Massgabe, dass er die Haftung für die von dem beschwerten Vermächtnisnehmer in der blossen Absicht der Schädigung des zweiten Vermächtnisnehmers begangenen Handlungen nicht ausschliessen kann (arg. BGB. 276 Abs. 2. 2138 Abs. 2). Der Wunsch, diese Haftung ausschliessen zu können, wäre auch hier das einzige Interesse, welches der Erblasser daran haben könnte, ein Vermächtnis lediglich zu lasten des Erben eines Vermächtnisnehmers errichten zu können. Dieses Interesse aber — wenn es jemals empfunden wird — gewährt auch hier keinen ausreichenden Grund für die Anerkennung eines solchen Vermächtnisses, bei welchem man wiederum zu der sonderbaren Auffassung seine Zuflucht nehmen müsste, den Erben des Vermächtnisnehmers mit Rücksicht auf das, was er von dem seinem Erblasser

14) Und zwar als eine Nachlassschuld gewöhnlicher Art. Die besonderen Vorschriften über die Behandlung der Vermächtnisverbindlichkeiten im Kreise der Nachlassschulden beziehen sich auf die von dem Erblasser (hier dem Vermächtnisnehmer) errichteten, nicht auf die ihm obliegenden Vermächtnisse.

Zugewandten noch in dessen Erbschaft findet, als Vermächtnisnehmer des ersten Erblassers anzusehen. Die Berechtigung dieser Auffassung könnte nur dann anerkannt werden, wenn dem Erben des ersten Vermächtnisnehmers freistünde, diesen Vorteil selbständig auszuschlagen, auch dann, wenn sein Erblasser das Vermächtnis angenommen hatte. Diese Voraussetzung trifft aber keineswegs zu.

IV. Der Gewalthaber des Bedachten?

Es wird behauptet,[15]) dass auch dem Inhaber der elterlichen Gewalt über den Erben oder den Vermächtnisnehmer mit Rücksicht auf die mangels anderer Verfügung des Erblassers (BGB. 1651 Abs. 1 Ziff. 2) ihm anfallende elterliche Nutzniessung an dem Zugewandten Vermächtnisse auferlegt werden können.

Um zunächst die Frage beantworten zu können, inwiefern dies für den Erblasser wünschenswert sein kann, muss man untersuchen, wie sich ein dem Kinde selbst auferlegtes Vermächtnis zu dem elterlichen Nutzniessungsrechte verhält. Ist ein solches Vermächtnis errichtet, so ist der Vermächtnisnehmer Gläubiger des Kindes, kann also ohne Rücksicht auf die elterliche Nutzniessung Befriedigung aus dem Vermögen des Kindes verlangen (BGB. 1659 Abs. 1); das dem Kinde auferlegte Vermächtnis geht dem elterlichen Nutzniessungsrechte vor. Ist das Kind Erbe, so wird bei Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten auf das elterliche Nutzniessungsrecht keinerlei Rücksicht genommen; ist es Vermächtnisnehmer, seine Haftung also gemäss § 2187 zu beurteilen, so ist nicht davon auszugehen, dass an das Kind nur die nuda proprietas gefallen ist, sondern die ganze Zuwendung ist unter Ignorierung der elterlichen Nutzung in Ansatz zu bringen. Kann sich das Kind gemäss §§ 2187 Abs. 3. 1992. 1990 Abs. 1 S. 2 BGB. darauf beschränken, das ihm Zugewandte dem zweiten Vermächtnisnehmer zum Zwecke seiner Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben, so erfolgt eben diese Befriedigung ohne Rücksicht auf das elterliche Nutzniessungsrecht. Fraglich kann nur sein, ob, wenn der Vater vor Berichtigung des Vermächtnisses Früchte bereits gezogen hat, diese zu solcher Berichtigung mit herangezogen werden können. Hierbei kommt folgendes

15) Meischeider, a. a. O. S. 328.

in Betracht. Wenn das Kind Erbe ist, so wird möglicherweise die Erbschaft von einem Testamentsvollstrecker verwaltet oder von einem sonstigen Nachlassverwalter. Dann erwirbt der Vater die Früchte nicht von selbst (BGB. 1656), und der Liquidation der Erbschaft unter Berichtigung des Vermächtnisses auch aus den Früchten steht nichts im Wege. Auch wenn das Kind als Vermächtnisnehmer bedacht ist, kann es vorkommen, dass ihm vom Testamentsvollstrecker das ihm Zugewandte erst nach Berichtigung des darauf gelegten Vermächtnisses ausgeantwortet wird. Es ist aber auch möglich, dass der Vater das dem Kinde Zugewandte — Erbschaft oder Vermächtnis — in eigener Verwaltung hat und die Nutzungen erwirbt (BGB. 1652), bevor das dem Kinde auferlegte Vermächtnis berichtigt ist. Ist dann das Kind Erbe, so gehören freilich die vom Vater erworbenen Früchte dinglich nicht zum Nachlass. Nach §§ 1978. 1991 Abs. 1. 667. 681 BGB. ist aber der Erbe bei Geltendmachung seiner beschränkten Haftung verpflichtet, gezogene Nutzungen (oder deren Wert) den Nachlassgläubigern zur Verfügung zu stellen. Hieran kann der Umstand, dass der Erbe zufällig ein Minderjähriger unter elterlicher Gewalt ist, nichts ändern; denn wenn das elterliche Nutzniessungsrecht sich allen Gläubigern des Kindes unterordnen soll, so muss es um so mehr sich den Nachlassgläubigern einer dem Kinde angefallenen Erbschaft unterordnen. Der Vater kommt in Betracht als gesetzlicher Vertreter des Erben, der seinerseits den Gläubigern nach den Sätzen des Auftrags oder der freiwilligen Geschäftsführung haftet. Der Erbe ist gemäss § 278 BGB. für die Handlungen seines gesetzlichen Vertreters haftbar, und unzweifelhaft ist wiederum der Vater dem Kinde verantwortlich, wenn er Früchte der Erbschaft den Gläubigern entzieht und das Kind in Regresse stürzt. Zu dem entsprechenden Resultat gelangt man gemäss § 2187 Abs. 3. 1992. 1991 Abs. 1 BGB. auch dann, wenn das Kind Vermächtnisnehmer ist. Damit also der volle Betrag des dem Kinde Zugewandten einschliesslich der Früchte für das zweite Vermächtnis zur Verfügung steht, ist es nicht nötig, zu einem dem Vater auferlegten Vermächtnis zu greifen, dazu reicht ein dem Kinde auferlegtes Vermächtnis aus.

Nun kann aber der Erblasser den Wunsch hegen, dass das Vermächtnis nur auf Kosten der Nutzungen und nicht auf Kosten des Stammes des dem Kinde Zugewandten entrichtet werden, sachlich also auf Kosten des Vaters, nicht des Kindes gehen soll. Zu diesem Zwecke kann er unter Ausschluss der väterlichen Verwaltung (BGB. 1638) und unter

Beschränkung des Nutzungsrechts, die wie die Entziehung möglich sein muss, anordnen, dass der Vater die Nutzungen (cf. § 1656) nur unter Abzug des Vermächtnisses erhalten soll. Er kann mit der gleichen Bestimmung einen Testamentsvollstrecker ernennen. Er kann dabei sogar, zum Zeichen, dass es ihm nur um das juristische Ergebnis, nicht um einen Akt des Misstrauens gegen den Vater zu thun ist, diesen selbst zum Testamentsvollstrecker ernennen oder ihn als Pfleger gemäss § 1917 benennen. Er kann, auch indem er dem Vater die Verwaltung lässt, das Nutzniessungsrecht dinglich so beschränken, dass die nicht an den Vater fallenden Nutzungen zur Deckung des Vermächtnisses ausreichen. Gewöhnlich wird der Erblasser den fraglichen Wunsch dann hegen, wenn es sich um wiederkehrende Leistungen handelt, die aus den Einkünften des dem Kinde Zugewandten entrichtet werden sollen. In diesem Falle aber ergibt, wofern nur die Leistungen in solchen Grenzen sich halten, dass es ordnungsmässiger Verwaltung entspricht, sie den Einkünften zu entnehmen, schon die gesetzliche Regel, dass der Vater für die Dauer seines Nutzniessungsrechtes nicht nur dem Kinde gegenüber verpflichtet ist, die Leistungen zu tragen, sondern auch dem Vermächtnisnehmer als Gesamtschuldner neben dem Kinde haftet (BGB. 1654 in Verbindung mit 1386. 1388).[16]) Nach diesen Erwägungen aber dürfte die Rücksicht auf jenen Wunsch des Erblassers die Anerkennung des Instituts eines Vermächtnisses zu lasten des Gewalthabers nicht notwendig machen.

Diese Anerkennung könnte freilich noch aus dem anderen Grunde befürwortet werden, dass es möglich sein müsse, auch in anderen Fällen als dem soeben berührten den Vater dem Vermächtnisnehmer gegenüber haftbar zu machen. Dabei würden sich aber ganz eigentümliche Schwierigkeiten ergeben. Die Haftung des Vaters müsste sich nach der Analogie der Haftung eines Vermächtnisnehmers richten. Der Vater müsste haften mit dem, was er aus dem (quasi) Vermächtnis des elterlichen Niessbrauchs erhält. Das ist das Nutzniessungsrecht selbst. Nun soll der vermächtnisbeschwerte Vermächtnisnehmer dem auf ihn angewiesenen Vermächtnisnehmer dasjenige, was er aus seinem Vermächtnis erhalten hat, zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung zur Verfügung stellen können (2187 Abs. 3). Auf das Nutzniessungsrecht ist das

16) Eine weitergehende Haftung als die des Kindes selbst ist damit natürlich nicht gegeben. Der Vater kann wie das Kind sich auf die erbrechtlichen Beschränkungen der Haftung des Vermächtnisträgers berufen.

nicht anwendbar; denn dasselbe ist nicht übertragbar (BGB. 1658 Abs. 1) und dementsprechend auch nicht pfändbar (CPO. 862 Abs. 1 S. 1). Allerdings könnte man daran denken, dass die vom Vater erworbenen Nutzungen den Gegenstand bilden, den er zum Zwecke der Befriedigung des Vermächtnisnehmers nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung herauszugeben hat. Allein diese Nutzungen sind wiederum nur sehr beschränkt pfändbar (CPO. 862 Abs. 2). Legte also der Erblasser dem Vater ein Vermächtnis auf, so gewänne er für den Bedachten nur eine sehr unsichere Stellung, um so unsicherer, als der auf den Vater angewiesene Vermächtnisnehmer auch von den möglichen Schicksalen des elterlichen Nutzungsrechtes in Mitleidenschaft gezogen würde. Denn dass das Kind das Vermächtnis nach Analogie von § 2161 zu übernehmen hätte, könnte man allenfalls dann sagen, wenn der Vater die Nutzniessung gar nicht erwirbt, aber nicht, wenn sie nach dem Erwerb endigt.

Wir müssen danach sagen, dass das Vermächtnis zu lasten des Gewalthabers des Bedachten, dem Texte des Gesetzes unbekannt, durch sachliche Bedürfnisse nicht gefordert wird und dem einzigen Wunsche, zu dessen Erfüllung man es für nötig halten möchte, nur höchst unvollkommen dienen könnte, somit abzulehnen ist. Wer der Ansicht ist,[17]) die ich freilich nicht teile, dass der Vater nur auf das elterliche Nutzniessungsrecht am ganzen Kindesvermögen, nicht auf dasjenige an einzelnen Bestandteilen desselben verzichten kann, muss ein Vermächtnis zu lasten des Vaters um so mehr für unmöglich erklären. Denn von jener Ansicht aus könnte der Vater sich gegen den belasteten Erwerb nicht einmal wehren, wenn er nicht auf sein Nutzniessungsrecht am ganzen Vermögen des Kindes verzichten wollte.

V. Der Gatte des Bedachten?

Mit demselben Recht, mit welchem man die Möglichkeit verteidigt, dem Gewalthaber des bedachten Kindes ein Vermächtnis aufzuerlegen, könnte man behaupten, dass dies möglich sei zu lasten des Ehemannes, wenn die der Ehefrau zugewandte Erbschaft oder das ihr zugewandte Vermächtnis eingebrachtes Gut des Güterstandes der Verwaltung und Nutzniessung wird, was der Erblasser verhindern kann (1369); ebenso

17) Planck, zu § 1662 unter 1.

müsste bei allgemeiner Gütergemeinschaft der Erblasser, der einem Gatten, gleichviel ob dem Manne oder der Frau, etwas zuwendet, ohne dasselbe zum Vorbehaltsgut zu bestimmen (1440 Abs. 2. 1369), auch dem anderen Gatten ein Vermächtnis auferlegen können. Dasselbe müsste bei der Fahrnisgemeinschaft[18]) möglich sein, wenn der Erblasser einem Gatten bewegliches Gut zuwendet, ohne es vom Gesamtgut auszuschliessen (BGB. 1553 Ziff. 2. 1549 in Verb. mit 1440 Abs. 2. 1369 [1555]), ja mit Rücksicht auf § 1525 Abs. 1 selbst dann, wenn die Zuwendung eingebrachtes Gut einer beschränkten oder sog. Sondergut (1439) einer allgemeinen Gütergemeinschaft wird.

Derartigen Vermächtnissen stehen aber bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutzniessung analoge Gründe entgegen, wie dem Vermächtnis zu lasten des Gewalthabers. Wir verzichten im Interesse der Kürze auf eine Darlegung hierüber und heben nur hervor, dass gegen ein Vermächtnis der hier in Frage gezogenen Art entscheidend noch ein wichtiger Umstand spricht. Der Mann muss sich die Annahme der Zuwendung durch die Frau widerspruchslos gefallen lassen (BGB. 1406 Ziff. 1). Er kann auch nicht die ihm anfallende Nutzniessung ablehnen, sondern nur unter Zustimmung der Frau durch Ehevertrag mit ihr (BGB. 1368) das der Frau Zugewandte zum Vorbehaltsgut stempeln; er hat also nicht die Möglichkeit, durch seinen alleinigen Willen sich dem Vorteil aus der Zuwendung an die Frau und damit der Vermächtnislast zu entziehen. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft ergibt das Gesetz, dass, wenn der Frau etwas zugewandt wird, dasselbe in Ermangelung entgegenstehender Bestimmung des Erblassers Gesamtgut wird (BGB. 1369). Über die Annahme oder Ausschlagung entscheidet die Frau allein (BGB. 1453). Für die auf dem Erwerb lastenden Vermächtnisse haftet das Gesamtgut vorbehältlich der allgemeinen erbrechtlichen Beschränkungen der Haftung; der Mann haftet neben der Frau als Gesamtschuldner (BGB. 1459). Für eine besondere Vermächtnisauflage an den Mann ist daneben kein Raum. Dass aber der Mann in der angegebenen Weise durch das der Frau auferlegte Vermächtnis in Mitleidenschaft gezogen wird, obwohl er sich nicht gegen die Zuwendung wehren kann, erklärt sich aus den Prinzipien der allgemeinen Gütergemeinschaft, auf die der Mann sich vertragsmässig

18) Bei der Errungenschaftsgemeinschaft ist der Erwerb von Todes wegen gesetzlich vom Gesamtgute ausgeschlossen (BGB. 1521); bei der Fahrnisgemeinschaft gilt dasselbe vom unbeweglichen von Todes wegen erworbenen Gut (BGB. 1551).

eingelassen hat. Ist dem Manne etwas zugewandt unter Auferlegung eines Vermächtnisses, so gilt das Entsprechende, nur mit der Abweichung, dass die Frau nicht persönlich haftet. Durch Auferlegung eines Vermächtnisses die Frau persönlich haftbar zu machen, ist der Erblasser nicht im stande. Man kann den Vorteil, der der Frau zugeht, indem das dem Manne Zugewandte Gesamtgut wird, nicht nach Art eines vom Erblasser der Frau zugewandten Vermächtnisses behandeln und somit diesen Vorteil als belastungsfähig ansehen; denn die Frau kann ihn nicht ablehnen, ihn auch nicht der Befriedigung des Vermächtnisnehmers gemäss § 2187 zur Verfügung stellen, weil sie über ihren Anteil am Gesamtgute überhaupt nicht verfügen kann (BGB. 1442 Abs. 1). Die entsprechenden Sätze gelten auch, wenn eine bewegliche Zuwendung in das Gesamtgut der Fahrnisgemeinschaft fällt, und auch dann, wenn nur die Nutzungen der Zuwendung an ein Gesamtgut gefallen (1525), entscheidet gegen die Möglichkeit eines Vermächtnisses zu lasten des Gatten des Bedachten der Umstand, dass dieser weder die Annahme der Zuwendung verhindern (1406 Ziff. 1. 1525 Abs. 2) noch den ihm damit zugehenden Vorteil ablehnen kann.

VI. Der von Todes wegen Beschenkte?

Die Schenkung von Todes wegen behandelt das BGB. als eine Verfügung von Todes wegen, wenn sie durch blosses Schenkungs*versprechen* unter der Bedingung erfolgt, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, dagegen als Schenkung unter Lebenden, wenn der Erblasser die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzieht (2301). Die letztere Behandlung muss nicht nur dann eintreten, wenn jemand ohne vorheriges Schenkungsversprechen jemandem etwas durch Leistung schenkt, unter der Bedingung, dass der Empfänger ihn überlebe, sondern es muss auch dann, wenn zunächst ein Schenkungsversprechen erteilt war, dieses aber vom Erblasser bei Lebzeiten erfüllt wird, die Schenkung von nun an unter die Grundsätze über die Schenkung unter Lebenden treten. Die abweichende Auffassung der Motive (V S. 352) hat die II. Kommission (Prot. S. 7399 f. [V S. 462]) mit Recht für unzutreffend erklärt. Soll das Schenkungsversprechen als Verfügung von Todes wegen behandelt werden, so muss es, wenn es das ganze Vermögen betrifft, als Erbeseinsetzung, wenn es einzelne Gegenstände betrifft, als Vermächtnis

behandelt werden. Wir beschränken die Erörterung auf den letzteren Fall, weil er der einfachere ist und unsere Hauptfrage für beide im wesentlichen gleich zu beantworten ist. Das Vermächtnis, welches in Gestalt des Schenkungsversprechens auftritt, ist Vertragsvermächtnis. Hierfür spricht schon die Stellung des § 2301; das Gesetz denkt offenbar, was den bisherigen Anschauungen über die Schenkung von Todes wegen entspricht, bei dem erteilten Schenkungsversprechen an ein dem Bedachten zum Zwecke der Annahme mitgeteiltes und von ihm angenommenes Versprechen. Auch die I. wie die II. Kommission denken nur an Vertragsvermächtnisse (Mot. V S. 351 f., Prot. der II. Komm. S. 7397 [V S. 461]). Wenn der Erblasser einseitig im Sinne einer der Annahme nicht fähigen und nicht bedürftigen Verfügung erklärt, dass er das und das auf den Fall seines Todes dem und dem schenke, so ist das zwar ohne Zweifel ebenfalls ein Vermächtnis; er hat dann aber nur in einem Testament einen verkehrten Ausdruck gebraucht, der unbedenklich zu korrigieren ist. Hiervon ist an dieser Stelle nicht weiter zu reden.

Aus dem Gesagten folgt: bei der durch Leistung nicht vollzogenen Schenkung auf den Todesfall richtet sich die Möglichkeit, den Beschenkten mit einem Vermächtnis zu belasten, nach genau den gleichen Grundsätzen, wie bei dem Vermächtnisvertrage. Wird dagegen die Schenkung bei Lebzeiten des Erblassers vollzogen, so ist die Auferlegung eines Vermächtnisses unmöglich; vielmehr ist nur möglich, bei der Schenkung eine Auflage zu machen, welche zwar zu gunsten eines Dritten lauten kann (BGB. 527 Abs. 2), auch dann aber nicht nach Vermächtnisgrundsätzen, sondern nach dem Rechte der Auflage bei der Schenkung unter Lebenden zu behandeln ist (BGB. 525 ff.). Dabei ergibt sich insbesondere der wesentliche Unterschied, dass der mit einem Vermächtnis beschwerte Vermächtnisnehmer die Vollziehung des ihm auferlegten Vermächtnisses auch nach Annahme des ihm Zugewandten insoweit verweigern kann, als das ihm Zugewandte nicht reicht (BGB. 2187), während der mit einer Auflage belastete Beschenkte ein solches Weigerungsrecht nur dann hat, wenn der Fehlbetrag die Folge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache ist (BGB. 526). Ob der Dritte, zu dessen gunsten die Auflage lautet, ein Recht hat, die Erfüllung zu verlangen (cf. BGB. 527 Abs. 2), bemisst sich nach BGB. 328 ff., und man erhält danach ein sehr einfaches Ergebnis. Wenn jemandem etwas geschenkt wird unter der Bedingung, dass er den Schenker überlebt, so wird die Auflage

einer von dem Beschenkten zu machenden Leistung regelmässig in dem Sinne zu verstehen sein, dass die Leistung erst nach dem Tode des Schenkers gemacht werden soll. Der dritte Begünstigte erwirbt daher das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Schenkers (BGB. 331). Wenn dagegen jemand sich dazu herbeilässt, bei einer Schenkung der bezeichneten Art, die ihm, falls er vor dem Schenker stirbt, gar nichts bietet, dennoch etwas zu gunsten eines Dritten zu versprechen, was er sogleich und unabhängig von jener Bedingung zu leisten haben soll, so ist nicht § 331 anwendbar, sondern es sind die Auslegungsgrundsätze des § 328 zu befolgen.

Ob bei der Vollziehung der Schenkung auf Todesfall durch Leistung unter Lebenden die Form der aufschiebenden oder die der auflösenden Bedingung gewählt ist, ist für unsere Erörterung gleichgültig. Wichtig aber ist, zu bemerken, dass bei Verschenkung eines Grundstückes von Todes wegen die Vollziehung unter Lebenden gar nicht möglich ist, weil die Auflassung weder aufschiebende noch auflösende Bedingung verträgt (BGB. 925 Abs. 2). Hier könnte nur das Grundstück unbedingt übertragen werden mit der obligatorischen Auflage der Rückübertragung an die Erben des Schenkers im Falle des Vorversterbens des Beschenkten.

Nun entsteht die Frage, wie es sich verhält, wenn jemand durch Versprechen von Todes wegen beschenkt und ihm ein Vermächtnis auferlegt ist, dann aber der Erblasser die Schenkung durch Leistung vollzieht und die Vollziehung angenommen wird. In diesem Falle ist niemals möglich, dass das Vermächtnis als Vermächtnis bestehen bleibt, sondern nur zweierlei: entweder wird es vernichtet, oder es verwandelt sich in eine Auflage bei einer Schenkung unter Lebenden. Das letztere wird, auch ohne besondere Abmachung, anzunehmen sein, wenn der Beschenkte das ihm auferlegte Vermächtnis kennt; das erstere, wenn er es nicht kennt. Der Erblasser hat dem Beschenkten das Schenkungsversprechen erteilt und dieser es angenommen; wir haben also einen zwischen dem Erblasser und dem Vermächtnisnehmer selbst geschlossenen Vermächtnisvertrag vor uns. Demnach aber kann dem Vermächtnisnehmer ein Vermächtnis nur in diesem Vertrage auferlegt sein, oder durch zweiten Vertrag unter denselben Personen (2290), oder durch Testament mit Zustimmung des Vermächtnisnehmers (2291), oder durch gemeinschaftliches Testament beider (2292), wenn sie Ehegatten sind (cf. oben S. 6 f. 7 f.). Im ersten, zweiten und vierten dieser Fälle kennt

der Vermächtnisnehmer das ihm auferlegte Vermächtnis immer, im dritten Falle wird dies wenigstens die Regel bilden; nur, wenn der Beschenkte seine Zustimmung zu dem Testament im Sinne des § 2291 im voraus erklärt, aber nicht erfahren hat, dass das Testament wirklich errichtet ist, ist anders zu entscheiden. Denn die blosse Bekanntschaft mit der Möglichkeit der Existenz jenes Vermächtnisses kann nicht ausreichen, um dasselbe als in der Vollziehung der Schenkung und deren Annahme im Wege der Auflage wiederholt und so übernommen anzusehen. Ebenso, wenn der Vermächtnisvertrag unter Vorbehalt der Auferlegung künftiger Vermächtnisse geschlossen wurde, kann man nur diejenigen Vermächtnisse als bei dem Vollzuge der Schenkung stillschweigend im Wege der Auflage wiederholt ansehen, welche dem Beschenkten als errichtet mitgeteilt worden waren.

Kann man zu abweichenden Ergebnissen kommen, wenn die Schenkung von Todes wegen unter Vorbehalt des Widerrufsrechts für den Schenker errichtet ist? Hellwig[19]) bejaht dies. Er ist der Meinung, dass „dem mortis causa widerruflich Beschenkten, falls die Schenkung inter vivos vollzogen wurde, also nach § 2301 Abs. 2 zu beurteilen ist", ein Vermächtnis auferlegt werden könne. Dem vermag ich nicht beizutreten. Gesetzt, die Schenkung wäre nicht inter vivos vollzogen, sondern es läge nur ein widerruflich von Todes wegen gegebenes und angenommenes Schenkungsversprechen vor, so wäre das zu beurteilen als ein Vermächtnisvertrag mit Vorbehalt des Rücktritts für den Erblasser; und zwar ein Vermächtnisvertrag, geschlossen mit dem Vermächtnisnehmer selbst. In diesem Falle kann der Erblasser keineswegs in der Stille einseitig dem Vermächtnisnehmer (dem Beschenkten) ein Vermächtnis auferlegen, sondern er bedarf dazu dessen Zustimmung (BGB. 2290 ff., cf. oben S. 21). Ist diese nicht zu erreichen, so kann der Erblasser nur durch eine an den Beschenkten abzugebende, gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung von dem Vermächtnisvertrage zurücktreten (2196 Abs. 2), und nunmehr, wenn er will, das Vermächtnis erneut errichten, belastet mit einem Vermächtnis; dies kann er einseitig thun; er kann aber auch dem Vermächtnisnehmer bei dem Rücktritt einen dementsprechenden neuen Vermächtnisvertrag anbieten. Nun wird man von vornherein geneigt sein, zuzugeben, dass der Erblasser bei der

19) Die Verträge auf Leistung an Dritte (Leipzig 1899) S. 365.

durch Leistung unter Lebenden vollzogenen Schenkung keine freiere Hand haben kann als bei der nicht vollzogenen. Denn auf jene finden, auch wenn bei der Vollziehung der Widerruf vorbehalten wurde, die Sätze über Schenkungen unter Lebenden Anwendung.

Ein Antrag, die widerruflich vollzogene Schenkung von Todes wegen unter Vermächtnisrecht zu stellen, ist von der II. Kommission ausdrücklich abgelehnt (Prot. S. 7396. 7398 f. [V S. 461 f.]). Der Antragsteller war der Ansicht, wenn eine Schenkung von Todes wegen unter der Bedingung beliebigen Widerrufs vollzogen werde, so könne der Widerruf auch in der Weise erfolgen, dass nur das dingliche Geschäft widerrufen werde, dagegen das Kausalgeschäft bestehen bleibe und nach dem Tode des Erblassers von neuem zu erfüllen sei. Mithin würde die Möglichkeit bestehen, Schenkungen von Todes wegen — wenn auch auf einem Umwege — formlos vorzunehmen, wenn nicht der Gesetzgeber dem mit der beantragten Vorschrift entgegentrete. Die Mehrheit der Kommission war anderer Meinung. Sie erwog, die blosse Möglichkeit, dass gesetzliche Bestimmungen auf Umwegen umgangen werden könnten, dürfe den Gesetzgeber nicht veranlassen, komplizierte, dem geltenden Recht fremde Rechtssätze aufzunehmen. Jede Umgehung des Gesetzes könne der Gesetzgeber doch nicht verhüten. Der code civil und die ihm folgenden Gesetzbücher (auf welche sich der Antragsteller berufen hatte) unterstellten auch die vollzogene Schenkung unter Lebenden den Formen des Schenkungsversprechens, wenn der Schenker sich den beliebigen Widerruf vorbehalten habe. Nachdem aber nicht beschlossen worden sei, eine derartige Bestimmung in das BGB. aufzunehmen, sei es folgerichtig, auch von der entsprechenden, für die Schenkung von Todes wegen beantragten Vorschrift Abstand zu nehmen. Danach hat die II. Kommission das von dem Antragsteller befürchtete Ergebnis als richtig anerkannt, jedoch sich entschlossen, dasselbe in Kauf zu nehmen. Jenes Ergebnis ist aber nicht richtig. Möglich ist in gewissen Fällen — worüber sogleich — der Vorbehalt eines dinglich wirkenden Widerrufs allerdings; ob aber auf Grund eines solchen Vorbehalts der Schenker das dingliche Leistungsgeschäft allein widerrufen kann, während „das Kausalgeschäft" bestehen bleiben soll, dürfte nicht unzweifelhaft sein. Kann er es, so versetzt der so beschränkte Widerruf zweifellos das Ganze in den Stand einer nicht durch Leistung vollzogenen Schenkung von Todes wegen, welche nur als Vertragsvermächtnis bei Wahrung der dem entsprechenden Formen wirkt.

Hat dagegen ein Widerruf nicht stattgefunden, so ist die Schenkung trotz der Möglichkeit des Widerrufs eine durch Leistung vollzogene Schenkung und nach dem Rechte der Schenkung unter Lebenden zu behandeln. Es kann also bei ihr nicht ein Vermächtnis, wohl aber eine Auflage nachträglich vereinbart werden. Die Auflage ist nach dem Recht der Auflage unter Lebenden zu beurteilen. Das vorbehaltene Widerrufsrecht ermöglicht dem Schenker nicht, dem Beschenkten einseitige Auflagen zu machen, sondern nur, den Widerruf mit seinen gesetzlichen Folgen zu erklären. Diese bestehen im allgemeinen nur in der Begründung einer obligatorischen Herausgabepflicht des Beschenkten;[20]) möglicherweise, wenn es sich um Verschenkung eines individuellen Gegenstandes handelt, der unter einer auflösenden Bedingung übertragen werden kann — was bei Grundstücken unmöglich ist — ist der Widerrufsvorbehalt auch in dem Sinne gemacht, dass der Gegenstand mit Erklärung des Widerrufs dinglich an den Schenker zurückfallen soll, möglicherweise endlich, wenn nämlich der Gegenstand aufschiebend bedingt übertragen war — was wiederum bei Grundstücken nicht möglich ist — schneidet der Widerruf die Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung ab. Es ist nun zweifellos, dass nach allgemeinen Grundsätzen der Widerrufsberechtigte nicht im stande ist, einem mit diesen Wirkungen ausgestatteten Widerruf die Begründung einer Verpflichtung ihm beliebigen Inhalts oder zu gunsten einer ihm beliebigen dritten Person zu substituieren. M. a. W. der widerrufsberechtigte Schenker kann nicht statt des Widerrufs dem Beschenkten einseitige Auflagen machen. Und zwar um so weniger, als der Beschenkte, wenn eine solche Auflage stattfände, nicht im stande wäre, nach Analogie der Ausschlagung des Vermächtnisses sich durch Rückgabe des Geschenkes aus der Affaire zu ziehen.

VII. Derjenige, zu dessen gunsten eine Zuwendung an einen anderen bedingt ist?

Auch nach BGB. besteht die Möglichkeit, jemandem dadurch etwas zuzuwenden, dass man die einem anderen gemachte Zuwendung von der Bedingung einer Leistung an den erstgenannten abhängig macht (cf. BGB. 2076). Zweifellos wird man im Sinne des Erblassers die Verfügung:

20) Obwohl auf den vorbehaltenen Widerruf § 531 BGB. nicht anwendbar ist.

der und der soll mein Erbe sein (oder: mein Haus haben) unter der Bedingung, dass er dem und dem 2000 Mark zahlt, sehr häufig, ja in der Regel, als Erbeseinsetzung (oder Vermächtnis), beschwert mit einem Vermächtnis auffassen müssen. Aber die Möglichkeit besteht, dass der Erblasser dem Dritten kein Recht auf jene Geldsumme einräumen, sondern nur die Erbeseinsetzung oder das Vermächtnis an die echte juristische Bedingung ihrer Zahlung knüpfen wollte. Kann nun in solchem Falle demjenigen, zu dessen gunsten die Bedingung lautet, ein Vermächtnis auferlegt werden? Wäre dies zulässig, so könnte der durch die Bedingung Begünstigte, da er das ihm Zugedachte nie fordern kann (cf. BGB. 2186), natürlich niemals eher haften, als bis er es erhalten hat, und ob er es annehmen will, ist seine Sache; nach der Annahme aber machte seine Haftung nach Analogie des § 2187 allerdings keine weiteren Schwierigkeiten. Eine andere Frage aber ist, ob ein praktisches Bedürfnis besteht, ein solches Vermächtnis anzuerkennen. Erkennt man es mit dem Texte des Gesetzes nicht an, so ist damit gesagt, dass der Erblasser, der jemanden belasten will, sich nicht begnügen darf, ihm durch Setzung einer Bedingung bei einer anderen Zuwendung eine Aussicht zu eröffnen, sondern ihn zum Range eines Vermächtnisnehmers erheben muss, und hiergegen walten nach meiner Überzeugung ernste Bedenken nicht ob.

Wenn der Erblasser jemanden nicht zum Vermächtnisnehmer machen, sondern nur den Weg des Setzens einer Bedingung zu seinen gunsten wählen will, so kann er dabei verschiedene Zwecke im Auge haben. Er kann dem Empfänger der bedingten Zuwendung die freieste Entschliessung darüber gewährleisten wollen, ob er die Bedingung erfüllen und damit das ihm Zugedachte erwerben, oder ob er die Bedingung unerfüllt lassen und damit auf das ihm Zugedachte Verzicht thun will. Diese Freiheit der Entschliessung waltet aber im allgemeinen auch ob, wenn der Erblasser denjenigen, den er bedenken will, unbedingt zum Erben einsetzt oder ihm unbedingt ein Vermächtnis aussetzt unter Belastung mit einem Vermächtnis. Denn der Bedachte kann in beiden Fällen durch Ausschlagung der Leistungspflicht entgehen. Allerdings kann er, wenn er in Unkenntnis der Belastung angenommen hat, sich der Verpflichtung nicht mehr entziehen. In diesem Falle sorgen aber die Haftungsgrundsätze des BGB. dafür, dass er bei richtigem Verhalten doch wieder nicht schlimmer fahren kann, als dass er die ganze Zuwendung einbüsst. Ist er unter Bedingung bedacht, so kann er freilich auch

durch keinerlei inkorrektes Verhalten dahin kommen, etwas leisten zu müssen, was er nicht leisten will, und steht insofern noch besser da. Dass aber der Erblasser, der für den Erstbedachten so ausnehmend vorsichtig vorgehen will, dieses mit der Unmöglichkeit erkaufen muss, den Destinatär der Bedingungsleistung zu belasten, dürfte sehr wohl erträglich sein.

Der Erblasser kann aber auch die grössere Sicherheit der Erreichung desjenigen Zweckes im Auge haben, den er durch Setzung der Bedingung verfolgt. Der Bedachte soll erst dann seinerseits Erbe (d. h. Nacherbe [BGB. 2105]) oder Vermächtnisnehmer sein, wenn er die Bedingung erfüllt hat. Dies kann dem Erblasser im Interesse des durch die Bedingung Begünstigten sicherer erscheinen, als wenn der andere Erbe oder Vermächtnisnehmer wird und nun verpflichtet ist, dem Begünstigten etwas zu leisten. Und in der That: der Erblasser schliesst die Möglichkeit, dass der bedingt Bedachte etwas erhält und doch die Leistung an den durch die Bedingung Begünstigten ungeschehen bleibt, damit ganz aus; andererseits aber erhält der letztere doch eine sehr prekäre Stellung. Der bedingt Bedachte wird sich zur Erfüllung der Bedingung nur dann entschliessen, wenn er sicher weiss, dass nach Abzug aller Verbindlichkeiten, welche auf dem Nachlass ruhen, auch aller Vermächtnisse, noch genug übrig bleibt, um ihn für die Erfüllung der Bedingung zu entschädigen. Der durch die Bedingung Begünstigte steht also nicht nur nach seite der Rechtsform, sondern auch praktisch in der Aussicht, etwas zu erhalten, viel schlechter als ein Vermächtnisnehmer. Ebenso schlecht stände der Vermächtnisnehmer, der auf denjenigen angewiesen würde, zu dessen gunsten die Bedingung lautet. Denn wenn dieser nichts erhielte, erhielte auch der auf ihn Angewiesene nichts. Derjenige, dem der Wegfall des bedingt Bedachten zu statten käme, würde ihm nach § 2161 BGB. nicht haften; denn man kann nicht sagen, dass diesem der Wegfall des durch die Bedingung Begünstigten unmittelbar zu statten kommt. Die sog. Zuwendung durch Setzen einer Bedingung ist ein sehr selten gehandhabtes Institut; sofern zu gunsten des Dritten über einen Nachlassgegenstand verfügt werden soll, ist sie nicht einmal möglich; denn der bedingt Bedachte kann nicht durch Erfüllung einer solchen Bedingung das Recht erwerben, welches er schon haben müsste, um die zur Erfüllung der Bedingung nötige Verfügung treffen zu können. Es erscheint sehr wohl verständlich, wenn das Gesetz die Möglichkeit, eine derartige

Zuwendung zu belasten, nicht anerkennt, sondern als Voraussetzung für die Belastung verlangt, dass der Begünstigte zum Vermächtnisnehmer erhoben wird.

VIII. Derjenige, dem die Erfüllung einer Auflage zu statten kommt?

Die Frage, ob derjenige, dem die Erfüllung einer Auflage zu statten kommt, mit einem Vermächtnis belastet werden kann, entscheidet nicht etwa der § 2192 BGB. im bejahenden Sinne. Denn wenn dort auf die Auflage § 2147 für analog anwendbar erklärt wird, so braucht dies nur zu heissen, dass mit einer Auflage Erben und Vermächtnisnehmer beschwert werden können; nicht muss es ferner heissen, dass die Auflage mit einem Vermächtnis belastet werden kann. Das Charakteristische der Auflage besteht bekanntlich darin, dass sie niemandem ein Recht auf die Leistung zuwendet, zu der sie den Beschwerten verpflichtet (BGB. 1940). Diejenigen, welche berechtigt sind, die Vollziehung der Auflage zu verlangen (BGB. 2194), fordern nichts für sich, sondern nur die Leistung für den dritten Zweck. Die Erfüllung der Auflage kommt nicht immer bestimmten Menschen zu statten, aber sie kann dies thun, wie bei der Auflage der Stipendienverleihung oder der Verteilung von Gaben unter arme Witwen. Unmöglich wäre es nicht, dass der Erblasser in solchen Fällen diejenigen, denen die Erfüllung zu statten kommt, mit einem Vermächtnis belasten könnte. Haften könnten sie freilich, da sie ein Recht auf den Empfang nie haben, niemals von Erwerb dieses Rechtes an (cf. BGB. 2186), sondern immer erst von Erfüllung der Auflage an (die sie nicht anzunehmen brauchen). Der Umfang der Haftung aber liesse sich dann entsprechend dem § 2187 BGB. bemessen. Allein unentbehrlich ist jene Möglichkeit keineswegs, wie denn auch sogar in den Quellen des römischen Rechts nichts davon verlautet. Der Erblasser mag, wenn er die Möglichkeit der Auferlegung von Vermächtnissen gewinnen will, den zu Belastenden die Stellung von Vermächtnisnehmern gewähren. Dabei kann er freilich auf Schwierigkeiten stossen, namentlich aus zwei Gründen. Es ist zwar möglich, mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise zu bedenken, dass der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den Mehreren das Vermächtnis erhalten soll (BGB. 2151); dann aber muss der Kreis der Mehreren ein bestimmter sein. Dagegen kann bei der Auflage schrankenlos die Bestimmung der Person, an welche geleistet

werden soll, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen werden, wofern nur der Zweck der Auflage vom Erblasser bestimmt ist (BGB. 2193). Es leuchtet ein, dass danach der Weg des Vermächtnisses für die Zuwendung an künftig zu bestimmende Dritte nur beschränkt gangbar ist. Dazu kommt, dass das Vermächtnis an die Zeitschranken der §§ 2162. 2163 BGB. gebunden ist, was von der Auflage nicht gilt.[21]) Der Erblasser kann danach dauernde Stipendienverteilungen und Ähnliches in der That nur — wenn er nicht zur Stiftung greift — im Wege der Auflage, nicht im Wege von Vermächtnissen an die Destinatäre erreichen. Selten aber wird in derartigen Fällen ein Bedürfnis bestehen, die Destinatäre ihrerseits mit Leistungen an andere zu belasten. Besteht es, so kann der Erblasser anordnen, dass die Destinatäre nur gegen die Übernahme einer entsprechenden Verpflichtung oder unter der Bedingung der Leistung ihrerseits auf Grund der Auflage etwas erhalten sollen, womit allen berechtigten Wünschen des Erblassers genügt wird.

IX. Derjenige, zu dessen gunsten ein Vertrag im Sinne der §§ 331. 332 BGB. geschlossen ist?

Das BGB. hat die Möglichkeit von Verträgen zu gunsten Dritter in dem Sinne von Verträgen, durch welche unmittelbar der Dritte ein Recht auf die dem einen Mitkontrahenten von dem anderen versprochene Leistung an den Dritten erwerben soll, ohne weitere Vorbedingungen anerkannt. Der Dritte kann das Recht zurückweisen mit der Wirkung, dass alles so gehalten wird, als hätte er es nie gehabt (BGB. 333); im Zweifel hat auch der Versprechensempfänger das Recht, die Leistung an den Dritten zu verlangen (BGB. 335). Die Frage, o b der Dritte und wann er das Recht auf die ihm zugedachte Leistung erwerben soll, macht das BGB. von der Auslegung des Vertrages abhängig, für welche es gewisse allgemeine Anhaltspunkte (§ 328 Abs. 2) und gewisse besondere Vorschriften gibt. Zu letzteren gehört die des § 331:

> „Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers.

---

21) Cf. Kipp, Prorektoratsrede. Erlangen 1899. S. 8 f. 24[27].

Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten, so kann das Versprechen, an den Dritten zu leisten, nur dann noch aufgehoben oder geändert werden, wenn die Befugnis dazu vorbehalten worden ist."

Es ist danach zweifellos, dass, solange der Versprechensempfänger lebt, die Vertragschliessenden ihren Vertrag beliebig aufheben oder ändern, die Entstehung des Rechtes des Dritten verhindern oder bewirken können, dass dasselbe in geringerem Umfange oder unter anderen Massgaben ins Leben tritt, als in dem ursprünglichen Vertrage vorgesehen war. Ist aber der Versprechensempfänger gestorben, so kann das entstandene Recht des Dritten durch einen Vertrag zwischen dem Erben des Versprechensempfängers und dem Versprechenden im allgemeinen nicht mehr geändert oder aufgehoben werden, vielmehr ist dies nur dann zulässig, wenn der Vertrag einen dahingehenden Vorbehalt enthielt. Dies folgt aus § 331 Abs. 1 in Verbindung mit § 328 a. E. Es ist nun aber möglich, dass der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten verstirbt. In diesem Falle kann das Recht des Dritten erst mit seiner Geburt entstehen; bis dahin also könnte an und für sich auch nach dem Tode des Versprechensempfängers der Vertrag noch aufgehoben oder geändert werden. Dem tritt der Abs. 2 des § 331 mit besonderer Vorschrift entgegen. Das Gesetz will also, dass der Versprechensempfänger sich bei seinem Tode schlechtweg über das Recht des Dritten auf die ihm zugewandte Leistung beruhigt halten kann. Hellwig, der den Geschäften der fraglichen Art eine eingehende und scharfsinnige Untersuchung gewidmet hat,[22]) hält sie für eigenartige Rechtsgeschäfte von Todes wegen. Näher so: der Hauptvertrag zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger ist nach Hellwig negotium inter vivos, der Nebenvertrag aber, kraft dessen dem Dritten das Recht auf die Leistung zugewandt wird, ein neben Testament und Erbvertrag selbständig dastehendes Rechtsgeschäft von Todes wegen. Hellwig nennt das letztere fideicommissum a debitore relictum, wohl wissend, dass es sich nicht um ein Vermächtnis handelt, vielmehr nur in der Absicht, anzudeuten, dass die in Rede stehende moderne Rechtserscheinung eine grosse Ähnlichkeit mit dem römischen fideicommissum a debitore relictum aufweise. In dem letzteren sieht nämlich Hellwig ebenfalls kein wahres

22) Verträge auf Leistung an Dritte §§ 54. 55.

fideicommissum, sondern eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner des Inhalts, dass der Schuldner das Geschuldete nach dem Tode des Gläubigers einem Dritten leisten, z. B. das Deponierte dem Dritten aushändigen solle. Diese Parallele zum römischen Recht ist nach meiner Ansicht um deswillen nicht begründet, weil jenes fideicommissum a debitore relictum ein echtes fideicommissum ist, d. h. ein einseitiger Befehl des Gläubigers an den Schuldner, die geschuldete Leistung nach dem Tode des Gläubigers statt an dessen Erben vielmehr an den Fideikommissar zu bewirken. Dass der Schuldner mit einem solchen Fideikommiss belastet werden konnte, wurde damit begründet, dass er zu dem gleichen Betrage auch seinerseits ein Fideikommiss erhielt, nämlich ein Fideikommiss der Schuldbefreiung, der Befreiung von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Erben des Gläubigers.[23]) Die Gründe, aus welchen an dieser Auffassung des römischen Rechts festzuhalten ist, habe ich an anderer Stelle zusammengefasst.[24]) Ist sie richtig, so versteht es sich von selbst, dass der durch das römische fideicommissum a debitore relictum Begünstigte seinerseits wiederum mit einem Vermächtnis belastet werden kann. Es liegt darin gar nichts Besonderes; er kann als echter Vermächtnisnehmer belastet werden. Darum aber ist auch diese Möglichkeit keinerlei Argument für die Belastungsfähigkeit des durch einen modernen Vertrag zu gunsten Dritter auf den Fall des Todes des Versprechensempfängers Bedachten.

Diese Belastungsfähigkeit wird von Hellwig (S. 364 ff.) allgemein behauptet, ist aber m. E. nur für einen Teil der möglichen Fälle anzuerkennen. Vom Standpunkte des BGB. ist nicht jede Verfügung, welche den Tod des Verfügenden zur Voraussetzung ihrer Wirkungen nimmt, eine Verfügung von Todes wegen. Dafür genügt zum Beweise, dass die durch Leistung vollzogene Schenkung, auch wenn ihre Wirkung vom Versterben des Schenkers vor dem Beschenkten abhängt, nicht Verfügung von Todes wegen, sondern Verfügung unter Lebenden ist. Dies dient zugleich zum Fingerzeig, wo die richtige Grenze der Verfügung von Todes wegen liegt. Eine solche Verfügung muss sich grundsätzlich

23) Der Schuldner kann das Befreiungsvermächtnis ausschlagen, womit das ihm auferlegte Vermächtnis zu gunsten des Dritten von seinen Schultern sich löst. Es fällt auf den Erben des Gläubigers, welchem der Fortfall des Befreiungsvermächtnisses zu statten kommt. Windscheid, Pandekten, III, § 619 [9].

24) Kipp zu Windscheid, Pandekten, 8. Aufl., Bd. II § 316 Note 4a.

auf den Nachlass beziehen. Ein nach § 331 BGB. geschlossener Vertrag aber bezieht sich auf den Nachlass nicht. Der Versprechensempfänger hat möglicherweise für das Versprechen zu gunsten des Dritten nichts entrichtet, der Versprechende ist Schenker; oder der Versprechensempfänger gewährt für das Versprechen der Leistung an den Dritten ein Entgelt, wie die Prämie bei der Lebensversicherung zu gunsten Dritter, oder das Mittel der Erfüllung, wie bei Deposition einer Geldsumme zu gunsten eines Dritten. Dieses wie jenes gewährt er aus seinem gegenwärtigen Vermögen, genau wie den Schenkungsgegenstand bei der durch Leistung unter Lebenden vollzogenen Schenkung von Todes wegen, und das ist der Grund, weshalb hier wie dort das Recht der Verfügungen unter Lebenden angewandt wird (cf. Mot. V S. 352).

Hellwig selbst (S. 357) hebt als Unterschied der unter § 331 BGB. fallenden Verträge gegenüber einem Vermächtnis hervor die Formlosigkeit. Diese ist aber keine Willkür des Gesetzes, sondern wohl begründet eben darin, dass nicht nur der Erscheinung, sondern auch dem Wesen nach ein Geschäft unter Lebenden vorliegt. Nicht weniger erkennt Hellwig (S. 357) an, dass die in Rede stehenden Verträge bezüglich der Wirkung, insbesondere bezüglich der Folgen der Überschuldung des Nachlasses, nicht unter Vermächtnisgrundsätzen stehen. Also müssen sie unter den Sätzen über Geschäfte unter Lebenden stehen. Dies aber erscheint wiederum innerlich vollkommen begründet. Wie soll der Schuldner sich in Bezug auf das Mass seiner Haftung auf die Unzulänglichkeit des Nachlasses berufen können, die ihn gar nichts angeht? Als Aktivum des Nachlasses andererseits kann nur die nach § 335 BGB. bestehende Forderung auf Leistung an den Dritten betrachtet werden, eine Forderung, die für die übrigen Gläubiger ohne Wert ist. Der Dritte selbst ist Gläubiger des Versprechenden, nicht des Nachlasses, so dass nach allen Richtungen es geradezu widersinnig sein würde, mit den Sätzen über die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten, insbesondere für Vermächtnisse, zu operieren. Hellwig selbst (S. 360 ff.) betont mit vollem Recht, dass der Dritte zwar eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechensempfängers erhält, aber nicht aus dem Nachlasse; dass dasjenige Recht, welches der Dritte erwirbt, niemals zum Nachlass gehört hat.

Das Gesagte kommt aber ungetrübt nur dann zur Anwendung, wenn der Versprechende eine Leistung aus seinem eigenen Vermögen ver-

spricht, und zugleich der Versprechensempfänger nicht das Recht hat, an Stelle des begünstigten Dritten einseitig einen anderen zu setzen, und diese Fälle sind es, für welche die Möglichkeit einer Beschwerung des Dritten mit Vermächtnissen in Abrede zu nehmen ist. Hellwig (S. 365) macht die Gültigkeit einer Vermächtnisbeschwerung in den Fällen des § 331 BGB. nur davon abhängig, dass die Form der Vermächtnisverfügungen beobachtet ist. Man müsste sich aber vor allen Dingen fragen, ob dem Dritten Vermächtnisse so sollen auferlegt werden können, wie einem letztwillig Bedachten oder so, wie einem durch Erbvertrag Bedachten. Hier aber wiese alles auf die letztere Analogie hin; denn die Bedenkung des Dritten ist durch einen Vertrag erfolgt. Dem Dritten könnten also schon wegen der Vorschrift des § 2289 Vermächtnisse nach Abschluss des Vertrages im allgemeinen nicht auferlegt werden. Es könnte nach den Prinzipien der §§ 2290 ff. nur mit Zustimmung des Versprechenden, nicht auch seiner Erben, und nur in strengen Formen zu einer Vermächtnisauflage kommen. Damit sieht man aber zugleich, dass ein Bedürfnis für die Vermächtnisauflage nicht besteht. Denn nach dem Rechte der Verträge zu gunsten Dritter, wie es sich für den Fragefall gestaltet, ergibt sich ein einfacherer Weg, um den Erblasser zum Ziele zu führen. Er kann bei seinen Lebzeiten mittels formlosen Vertrages mit dem Versprechenden und nicht nur mit ihm, sondern auch mit dessen Erben, vereinbaren, dass der Dritte nur gegen Übernahme einer bestimmten Verpflichtung oder unter der Bedingung einer Gegenleistung die versprochene Leistung erhalten soll. Diese Verpflichtung oder Leistung würde ihrerseits nach dem Rechte der Verpflichtungen oder Leistungen unter Lebenden, nicht nach Vermächtnisrecht, zu beurteilen sein; das Gleiche würde gelten, wenn in dem ursprünglichen Vertrage zu gunsten des Dritten sein Recht in entsprechender Weise verklausuliert wäre.

Anders gestaltet sich die Sache dagegen dann, wenn der Versprechensempfänger sich die Befugnis vorbehalten hat, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen. Für diesen Fall bestimmt § 332 BGB., dass die Bezeichnung des anderen auch durch eine Verfügung von Todes wegen erfolgen kann.[25])

25) Der nächste Anwendungsfall dieser Vorschrift ist natürlich gegeben, wenn nach dem Vertragsinhalt die Leistung nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen soll. Aber die Möglichkeit, dass jemand sich die Ersetzung des bestimmten

In dem genannten Falle hat der Erblasser auch nach Abschluss des Vertrages nicht nur das Recht auf Leistung an den bestimmten Dritten, sondern seinem Vermögen gehört bis zu seinem Tode das Recht der Verfügung über die Leistung in dem Sinne an, dass er sie zuwenden kann, wem er will, nicht nur bestimmten Dritten, sondern auch einfach seinen Erben. Macht er von dem Rechte Gebrauch, durch Verfügung von Todes wegen einem anderen als dem bestimmten Dritten das Recht auf die Leistung zuzuwenden, so errichtet er zwar zu gunsten des anderen kein Vermächtnis, aber er trifft doch für ihn eine dem Vermächtnis ausserordentlich nahestehende einseitige Verfügung. Der Unterschied besteht darin, dass der nun Bedachte nicht, wie bei dem obligatorischen (BGB. 2174) Vermächtnis einer Forderung, diese erst durch Abtretung seitens des Erben erwirbt, sondern, dass er die Forderung gegen den Dritten unmittelbar mit dem Erbfall erwirbt (Hellwig S. 229). Er erwirbt zwar nicht, wie bei dem gemeinrechtlichen legatum nominis, eine dem Erblasser bei seinem Tode zustehende Forderung, aber er erwirbt eine Forderung auf Grund eines dem Erblasser bei seinem Tode zustehenden Verfügungsrechtes über eine künftige Forderung. Er kann die Forderung zurückweisen, wie er ein Vermächtnis ausschlagen kann, und es scheint mir in Fällen dieser Art unbedenklich, in analoger Anwendung des § 2147 S. 1 eine Belastung des Bedachten mit Vermächtnissen — und zwar durch einseitige Verfügung — zuzulassen. Dann aber sieht man sich noch zu einem weiteren Zugeständnis gezwungen. Wenn der Erblasser über die Leistung des Versprechenden nicht durch Verfügung von Todes wegen disponiert hatte, sondern dem ursprünglich bestimmten Dritten das Anrecht belassen oder durch Erklärung an den Versprechenden einen anderen benannt hat, so erwirbt auch dieser, wie jener, die Forderung auf Grund des bis zum Tode dauernden Verfügungsrechts des Erblassers und des einseitig abänderbaren Zuwendungswillens des Erblassers. Auch in diesen Fällen wird gegen die Möglichkeit einseitiger Vermächtnisauflagen nichts einzuwenden sein.[26])

Dritten durch einen anderen vorbehält, waltet auch dann ob, wenn die Leistung schon bei Lebzeiten des Versprechensempfängers gefordert werden kann, und auch in diesem Falle kann die Bezeichnung des anderen durch Verfügung von Todes wegen für den Fall geschehen, dass die Leistung über den Tod des Versprechensempfängers hinaus nur thatsächlich sich verzögert. Wir lassen diesen Fall beiseite.

26) Nicht gegen Hellwig spricht der von Strohal, Erbrecht, 2. Aufl. S. 116 [1] angeführte Grund. Strohal meint, dass der § 2161 BGB. der Ansicht von Hellwig ent-

Fälle der hier besprochenen Art sind aber sehr häufig. Sie bilden die Regel bei der Lebensversicherung zu gunsten Dritter. Gerade mit Rücksicht darauf, dass bei der Lebensversicherung in der Police ein Dritter als der Empfangsberechtigte häufig unter der stillschweigenden Voraussetzung bezeichnet werde, der Versicherte solle ihm einen anderen substituieren können, ist der § 332 in das BGB. aufgenommen (Prot. der II. Kommission S. 1522 [I S. 759]). Aber auch dann, wenn der Erblasser in der Absicht, einem Dritten eine Sache von Todes wegen zuzuwenden, dieselbe bei jemandem hinterlegt hat mit der Abrede, dass sie nach seinem Tode dem Dritten zu Eigentum überliefert werden soll, oder wenn er in gleicher Absicht jemanden unter Aushändigung der Sache damit beauftragt hat, sie nach seinem Tode dem Dritten zu übereignen, kommt man zu demselben Ergebnis. Sowohl dem Verwahrungsvertrage ist eigentümlich das Recht der beliebigen Rückforderung des Hinterlegten, wie dem Auftrage das Recht des beliebigen Widerrufs durch den Auftraggeber. Angesichts dessen ist aber, wenn die Hinausgabe an einen Dritten bedungen war, auch anzunehmen, dass dieser Bestimmung kein zu schützendes Interesse des Beauftragten oder des Verwahrers zu Grunde lag, sondern dass die Ersetzung des Dritten durch einen anderen als stillschweigend vorbehalten zu gelten hat. In Ansehung des Auftrages kann man dies auch durch den Hinweis darauf unterstützen, dass der Beauftragte auch späteren Weisungen des Auftraggebers nachzukommen hat, die ihn nicht über das Mass des ursprünglichen Auftrages hinaus belasten. Und ich bin der Ansicht, dass die in Rede stehenden Verträge, auch wenn sie sich als Hinterlegung bezeichnen, um einen römischen Ausdruck zu gebrauchen, depositi notissimos terminos überschreiten. Denn eine Hinterlegung mit dem Beding der Übereignung der Sache an einen Dritten ist immer mehr, als blosser Verwahrungsvertrag, ist ein Auftrag. Dass in derartigen Fällen eine einseitige Vermächtnisauflage zulässig ist, wird

gegenstehe, weil, dafern der Dritte den ihm angebotenen Erwerb zurückweise, in Ansehung des ihm auferlegten Vermächtnisses ein anderer Beschwerter gemäss § 2161 nicht zu finden sei. Dies ist unzutreffend. Einmal ist es immerhin möglich, dass das Vermächtnis zu lasten des Dritten gilt, wenn es auch zu niemandes anderen lasten gelten kann. Sodann aber tritt letzteres nur ein, wenn infolge der Zurückweisung durch den Dritten der Mitkontrahent die Leistung einbehält. (Denn dass der Mitkontrahent mit einem Vermächtnis belastet werden könnte, kann niemand behaupten.) Wenn dagegen die Leistung infolge der Zurückweisung durch den Dritten dem Nachlass gebührt, ist es unbedenklich, den Erben als den eventuell Belasteten anzusehen; denn ihm kommt dann der Wegfall des Dritten unmittelbar zu statten.

wesentlich unterstützt durch die Erwägung, dass hier nicht nur das Verfügungsrecht über die Leistung des Beauftragten, sondern auch die Sache selbst, welche den Gegenstand des Auftrags bildet, noch beim Tode des Erblassers zu seinem Vermögen gehört. Hellwig S. 363 lässt in Fällen der beschriebenen Art den Dritten unmittelbar mit dem Tode des Erblassers Eigentümer werden, indem er annimmt, dass die sonst nötige Einigung über den Eigentumsübergang entbehrlich sei. Hellwig hält dies für eine Konsequenz des Satzes, dass bei letztwilligen Verträgen zu gunsten Dritter es keiner Vereinbarung über das Zuwendungsgeschäft bedürfe, d. h. dass der in der Vereinbarung des Versprechensempfängers mit dem Versprechenden hervortretende Zuwendungswille des Versprechensempfängers dem Dritten unmittelbar das Recht auf die Leistung verschafft, ohne dass es einer Vereinbarung über einen Rechtsgrund der Zuwendung zwischen dem Versprechensempfänger und dem Begünstigten bedürfte (S. 354 ff.). Dieser Satz ist vollkommen richtig, aber wie soll er zur Konsequenz haben, dass auch der dingliche Erwerb sich ohne Einigung vollzieht? Hierfür fehlt es durchaus an zureichenden Gründen. Wenn das Vermächtnis, das auch seinerseits keiner Kausalberedung bedarf, dem Vermächtnisnehmer nicht ohne Einigung (mit dem Erben) Eigentum verschafft, mit welchem Recht soll es dann bei den hier fraglichen Geschäften anders sein? Von den beiden Konstruktionen, welche Hellwig (S. 364) der seinigen gegenüberstellt und verwirft, halte ich die zweite für die richtige. Der Versprechende hat die Vollmacht, die Sache dem Dritten zu Eigentum zu übertragen; diese Vollmacht erlischt durch den Tod des Versprechensempfängers nicht. Hellwig erklärt es dagegen für sicher, dass sie von dem Erben widerrufen werden kann. Allein weshalb ist das sicher? Eine Vollmacht erlischt nach BGB. mit dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Dieses ist hier nicht erloschen. Sie erlischt auch beim Fortbestehen des Rechtsverhältnisses durch Widerruf, sofern sich nicht aus dem Rechtsverhältnis ein anderes ergibt. Hier aber dürfte § 331 deutlich auf die Unwiderruflichkeit kraft des Wesens des unterliegenden Rechtsverhältnisses hinweisen. Der Dritte erwirbt die Sache durch Übereignung seitens des Beauftragten, aber kraft des einseitig bis zum Tode variablen Zuwendungswillens des Erblassers, und als einen zum Nachlass gehörigen Gegenstand. Unter diesen Umständen dürfte die Möglichkeit einer Vermächtnisauflage am allerwenigsten Bedenken haben. Nebenbei bemerkt dürfte

gerade in diesen Fällen, in denen es sich um eine beim Tode des Erblassers noch diesem gehörige Sache handelt, keineswegs unzweifelhaft sein, dass die Erbschaftsgläubiger sich die Übereignung der Sache an den Bedachten widerspruchslos gefallen lassen müssen; das Richtigere scheint mir, dass der Bedachte auch im Verhältnis zu ihnen eine Stellung gleich der eines Vermächtnisnehmers einnimmt. Diese Frage kann aber hier nicht weiter verfolgt werden.

Als Ergebnis der geführten Untersuchung darf bezeichnet werden: Nach dem Rechte des BGB. können mit Vermächtnissen nur belastet werden: Erben, Vermächtnisnehmer und solche, welche durch einen Vertrag zu gunsten Dritter von Todes wegen bedacht sind, dafern dem Erblasser bis zu seinem Tode das Recht zustand, den bestimmten Dritten einseitig durch einen anderen zu ersetzen.

FESTSCHRIFT

SEINER KÖNIGLICHEN HOHEIT DEM PRINZREGENTEN

LUITPOLD

VON BAYERN

ZUM

ACHTZIGSTEN GEBURTSTAGE

DARGEBRACHT VON DER

UNIVERSITÄT ERLANGEN.

II.

JURISTISCHE FAKULTÄT.

13½ Bog. 4°. **Preis: 5 Mark.**

Hieraus einzeln:

Gengler, Prof. Dr. **Gottfried Heinrich**, Über die deutschen Städteprivilegien des XVI., XVII. und XVIII. Jahrhunderts. 1.20 Mk.

Hellwig, Prof. Dr. **Konrad**, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. (Bildet die Einleitung einer baldigst erscheinenden grösseren Schrift.)

Sehling, Prof. Dr. **Emil**, Zur Lehre von den Willensmängeln im kanonischen Recht. 1 Mk.

Kipp, Prof. Dr. **Theodor**, Wer kann nach deutschem bürgerlichen Recht mit Vermächtnissen belastet werden? 1.20 Mk.

Rehm, Prof. Dr. **Hermann**, Das landesherrliche Haus, sein Begriff und die Zugehörigkeit zu ihm. 1.20 Mk.

Allfeld, Prof. Dr. **Philipp**, Der bedingte Straferlass. 1 Mk.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdruckerei), Naumburg a. S.